

DIREITOS HUMANOS E ACESSO À SAÚDE NA DIALÉTICA DA MEDIAÇÃO

João Marcos Cândido Vitório¹

RESUMO

A sociedade tem assistido hodiernamente, inebriantes movimentos e celebrações nas instâncias nacional e internacional pelos setenta anos da proclamação em 1948 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e quarenta anos da promulgação em 1988 da Constituição da República Federativa do Brasil. Do coração desses eventos pulsa uma inquietação desafiadora, uma premissa que não quer calar: *se múltiplas dimensões de direitos fundamentais foram historicamente conquistadas, não sem o preço de duas implacáveis guerras mundiais, indubitavelmente, neste Terceiro Milênio já escutam-se os ruídos de uma nova Guerra de Troia com o fito de que as garantias fundamentais já consagradas possam ser realmente EFETIVADAS. Sob esse prisma, desponta-se exponencialmente o Direito à Saúde, dentre tantos outros direitos sociais que a comunidade mundial anseia ver resguardados.* Uma complexa plataforma legislativa composta por Tratados Internacionais, Constituição Federal, Leis Ordinárias, Complementares, Resoluções, Decretos e normativos multifacetários foram consagrados geracionalmente na busca deste ideário de real concreção do direito fundamental à saúde. Tais regras, vale dizer, pareceram sim *a priori* eficientes, porém, logo em seguida, nas sombrias curvas do tempo, revelaram-se totalmente ineficazes e impotentes. Vibram, entretanto, neste nebuloso horizonte, os rumores de um novel sistema cognominado Meios Adequados de Solução de Conflitos, ou *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, com ênfase na mediação judicial e extrajudicial. É sobre esta inquietação que o presente ensaio científico busca dialogar: *“A Mediação como principal meio não adversarial de pacificação dos conflitos sociais, tem realmente contribuído na efetivação do Direito à Saúde?”*. A resposta ao problema ora sublinhado, felizmente é positiva. Afinal, cada traço ora pesquisado revelou um mórbido retrato do Poder Judiciário que também se encontra fatalmente convaléscente, padecendo da paralisante morosidade e outras chagas que há tempos lhe tem exigido cuidados em UTI. Alguns Estados criaram Câmaras Permanentes de Mediação, Comitês, Juizados Especiais da Saúde, além de estimular o estabelecimento de Câmaras Privadas de Mediação da Saúde que se multiplicam no país, como resposta a esta patologia que precisa ser restaurada. Milhares de pleitos estão sendo respondidos de forma célere e eficaz pela Mediação, evitando a judicialização. Há um clamor social para a premente necessidade de se humanizar este calvário levando o pão da justiça às multidões representadas hoje por mais de 100 milhões de processos atualmente em curso, sendo na área da saúde mais de 1.778.269 demandantes com sede de cidadania e dignidade. No que tange à “metodologia”, adotou-se, neste estudo, a vertente intitulada “*jurídico-teórica*”, mais inerente à “esfera da filosofia do Direito e às áreas teórico-gerais dos demais campos jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação; Judicialização; Saúde, Dignidade; Direitos Humanos.

¹ Advogado. Mestre em Direito. Pós-graduado em Direito. Presidente da Comissão de Direito da Saúde da 43.^a Subseção da OAB.

ABSTRACT

Society has been watching nowadays hady movements and celebrations at national and international agencies for The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) seventy years of proclamation and fourty years from the Constitution of the Federative Republic of Brazil promulgation. From these events heart beats an challenging unease, a premise that doesn't remain silent: if multiple fundamental rights dimensions were historically conquered, not without the the price of two implacable world wars, in this Third Millenium we can already hear rumors of a new Troia War in order to assure that the recognized fundamental guarantees can be really EFFECTED. In this sense, it figures exponencially the Right to Health, between so many others social rights that the world community aims to see protected. A complex legislative platform composed by International Conventions, Federal Constitutions, Ordinary and Complementary Laws, Resolutions, Decrees and multifaceted normatives were generationally enshrined, in search of this ideal of real concretion of fundamental right to health. These rules, otherwise, really seemed effective, but soon after, at the dark curves of time, turned out to be completely defective. However, in this cloudy horizon are thrilling the rumors of a now system called Alternative Dispute Resolution (ADR), with the emphasis placed on the judicial and extrajudicial mediation. It is about this worry that this essay tries to dialogue: *"Have the mediation, as the main way of social conflits pacification, really contributed for the Right to Health effectuation?"* The answer to this question is fortunately positive. After all, each researched line has revealed a morbid Judiciary portrait, that is also highly convalescent, suffering from morosity and others sores that, for a long time now, have been demanding very intense cares. Some states have created Mediation Permanent Chambers, Comitees, Special Health Courts, and beyond, have been estimulating the stablishing of Private Health Permanent Chambers that have been multiplying at the country, as an answer for this disease that needs to be restored. Thousands of petitions have been quickly and effectively replied by Mediation, avoiding the judicialisation. There is a social clamor for this urgent need to humanize this calvary, taking the justice bread to the crowds, nowadays represented by more than a hundred million procedures in course; more than 1.778.269 complainants that are thirsty for citizenship and dignity. Regarding methodology, have been adopted the legal-theoretical way in this study, more inherent to the law philosophy and the general-theoretical areas of the others legal fields.

KEYWORDS: Mediation; Judicialisation; Health; Dignity; Human Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITOS HUMANOS: uma visão panorâmica. 2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NUMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-DEMOCRÁTICA. 3 A MEDIAÇÃO COMO PARADIGMA DE ACESSO À SAÚDE. 4 O DIREITO COMPARADO E A ADOÇÃO DE ADRs NAS QUESTÕES DA SAÚDE. 5 CONCLUSÃO. 6 REFERÊNCIAS. 7 ANEXO

1 INTRODUÇÃO

“A injustiça que se faz a um é a ameaça que se faz a todos”.
(Barão de Montesquieu).

A sociedade tem assistido hodiernamente, inebriantes movimentos e celebrações nas instâncias nacional e internacional pelos setenta anos da proclamação em 1948 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e quarenta anos da promulgação em 1988 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Do coração desses eventos pulsa uma inquietação desafiadora, uma premissa que não quer calar: *se múltiplas dimensões de direitos fundamentais foram historicamente conquistadas, não sem o preço de duas implacáveis guerras mundiais, indubitavelmente, neste Terceiro Milênio já escutam-se os ruídos de uma nova Guerra de Troia com o fito de que as garantias fundamentais já consagradas possam ser realmente EFETIVADAS. Sob esse prisma, desponta-se exponencialmente o Direito à Saúde, dentre tantos outros direitos sociais que a comunidade mundial anseia ver resguardados.*

Uma complexa plataforma legislativa composta por Tratados Internacionais, Constituição Federal, Leis Ordinárias, Complementares, Resoluções, Decretos e normativos multifacetários foram consagrados geracionalmente na busca deste ideário de real concreção do direito fundamental à saúde. Tais regras, vale dizer, pareceram sim *a priori* eficientes, porém, logo em seguida, nas sombrias curvas do tempo, revelaram-se totalmente inexitosas e impotentes.

Paralelamente, via de consequência, instalou-se uma infeliz arritmia social que confrontou a República de Platão em todas as suas esferas mas ainda assim, surpreendentemente, nem os teóricos da Judicialização da Política e da Politização da Justiça lograram decifrar esta equação alusiva à tutela deste imprescindível Direito.

Vibram, entretanto, neste nebuloso horizonte, os rumores de um novel sistema cognominado Meios Adequados de Solução de Conflitos, ou *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, com ênfase na mediação judicial e extrajudicial.

É sobre esta inquietação que o presente ensaio científico busca dialogar: *“A Mediação como principal meio não adversarial de pacificação dos conflitos sociais, tem realmente contribuído na efetivação do Direito à Saúde?”.*

Destarte, o objetivo deste trabalho consiste em avaliar a mediação com um meio técnico e formal de consolidação dos direitos humanos e fundamentais,

sobretudo de proteção à saúde a qual, numa dimensão maior, pode implicar na proteção da própria vida.

Trata-se de debate que por si só se justifica, haja vista que o acesso à saúde é direito humano primordial de conotação internacional, mas em que pese ter sido cristalizado pelo art. XXV da DUDH/1948, pelo art. 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais/1966 e no coração da Carta Magna/1988 em seus arts. 196/200, ainda não se consolidou na esfera nacional.

Sua relevância se acentua pelos milhares de ações que invadem diariamente o Judiciário, clamando pela proteção à saúde de inúmeros cidadãos que prosseguem sedentos dessa vital garantia processual, somando espantosamente 1.346.341 em 2016, consoante dados do CNJ².

Nesta senda vale invocar os Princípios da Máxima Efetividade decantado por Sarlet e Canotilho e a Força Normativa da Constituição de Konrad Hesse, sob as luzes kantianas da dignidade da pessoa humana.

No que tange à “metodologia”, adotou-se, neste estudo, a vertente intitulada “*jurídico-teórica*”, mais inerente à “esfera da filosofia do Direito e às áreas teórico-gerais dos demais campos jurídicos” (GUSTIN & DIAS, 2006, p 22).

Quanto ao “tipo”, se classifica como “jurídico-exploratório”, enfatizando em sua “abordagem preliminar, um problema jurídico. Ressaltando características, percepções e descrições sem se preocupar com suas razões explicativas, ele abre caminho a investigações mais profundas ou hipóteses mais precisas” (GUSTIN & DIAS, 2006, p. 28).

Sua “natureza doutrinária” se encontra latente na abordagem crítico-científica das correntes jurídicas de caráter multifacetárias que fomentam o presente debate entrecruzando-se na esfera do direito com suas antinomias e idiosincrasias concernentes ao direito à saúde e os impactos da mediação como manancial de promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

2 DIREITOS HUMANOS: uma visão panorâmica

² <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86891-judicializacao-da-saude-iniciativas-do-cnj-sao-destacadas-em-seminario-no-stj>

Pensemos nas periferias e nas favelas das grandes cidades. Seus moradores estão submetidos a todo tipo de intempéries. Vivem no reino da falta: falta de liberdade, falta de segurança, falta de saneamento básico, falta de escolas, falta de garantia de acesso ao Judiciário, falta, enfim, de dignidade respeitada.
(José Adércio Leite Sampaio).

A princípio, para melhor compreensão da presente abordagem, torna-se imperativa a conceituação de Direitos Fundamentais, sendo assim oportuna a lição do Professor Marmelstein:

São normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (MARMELESTEIN, 2008, p. 20)

A definição acima transcrita é composta por cinco princípios basilares: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, Constituição e democracia. Estando presentes em um determinado caso concreto, esses princípios poderão configurar direito fundamental. Além dos que constam dos arts. 5º a 17 da Constituição de 88, outros também existem, uma vez que o aludido rol não é *numerus clausus*. Esses direitos podem ser previstos até mesmo em preceitos extra-constitucionais, como reafirma o art. 5º, § 2º da CR/88, de sorte que “não se esgotam naqueles direitos reconhecidos no momento constituinte originário, mas estão submetidos a um permanente processo de expansão” (PARDO, 2005, p. 12).

Para o desvelar dos direitos fundamentais, é imprescindível o resgate de suas progressivas conquistas e, muitas vezes, até mesmo de seus recuos históricos que contribuíram “para a evolução da condição do ser precário e ambivalente do homem” (SAMPAIO, 2004, p. 135).

Nesse contexto, importa recordar movimentos que selaram a transição da Idade Média para a Moderna, elevando a um plano de maior expressão essa crescente categoria de direitos, que passou por três eixos implicativos: religião (liberdade religiosa), processo (garantias processuais) e propriedade (direito de

propriedade), consolidando-se em três principais modelos: da “Inglaterra, dos Estados Unidos e da França” (SAMPAIO, 2004, p. 135).

Em sua obra “Direitos Fundamentais – Retórica e Historicidade”, Sampaio explica esse movimento ao longo de milênios:

Os “direitos do homem”, dos quais começamos a contar a história, não se confunde com direitos, prerrogativas, privilégios ou *status* que eram deferidos ou concedidos aos cidadãos ou súditos desde a Antiguidade. Não se faz descaso, por exemplo, de que, por volta de 570 antes de Cristo, Ciro, Rei da grande Pérsia, aprovou a “Declaração de Ciro”, reconhecendo os “direitos” de liberdade, de segurança, de propriedade e até mesmo alguns dos hoje denominados direitos econômicos e sociais. (SAMPAIO, 2004, p. 136).

O mesmo autor, demonstrando a riqueza dessa abordagem, lança, no “ANEXO 1” da prefalada obra, uma “Breve História dos Direitos Humanos – Principais eventos”, com especial peculiaridade, 55(cinquenta e cinco) marcos emblemáticos de conhecida expressão universal. Começa pela “Carta de Ciro” da Pérsia (570 a.C), passa pelas “Doze Tábuas” (450 a.C), pelas Declarações dos Estados Unidos (1776) e da França (1789) e culmina com as Constituições Brasileiras e as inúmeras Convenções, Resoluções e Protocolos que selaram as últimas décadas.

Comparato, por sua vez, se refere à “defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria” (2005, p. 1) e explica, sob esse aspecto, que a religião, a filosofia e a ciência elaboraram o conceito de dignidade. Ao esclarecer que a religião colocou a pessoa humana em evidência, Comparato promove o seguinte destaque referente ao expressivo contributo do Povo da Bíblia à humanidade:

Uma das maiores, aliás, de toda a História, foi a ideia da criação do mundo por um Deus único e transcendente. Os deuses antigos, de certa forma, faziam parte do mundo, como super-homens, com as mesmas paixões e defeitos do ser humano. Iahweh, muito ao contrário, como criador de tudo o que existe, é anterior e superior ao mundo.

É o que o Salmo 8 exprimiu em forma cintilante: “Quando vejo o céu, obra dos teus dedos, a lua e as estrelas que fixaste, que é um mortal, para dele to lembrares, e um filho de Adão, que venhas visitá-lo? E o fizeste pouco menos do que um deus, coroando-o de glória e beleza. Para que domine as obras de tuas mãos sob seus pés tudo colocaste: ovelhas e bois, todos eles, e as

feras do campo também; as aves do céu e os peixes do oceano que percorrem as sendas dos mares”. (COMPARATO, 2005, p. 1-2)

O referido jurista invoca o trabalho de Giovanni Pico, que, em 1486, definiu o homem como uma obra pensada diferentemente das demais criaturas celestiais e terrestres, com as quais o Criador teria esgotado todos os seus possíveis modelos. Por isso, ele concedeu ao humano todos os atributos singulares das outras espécies, conferindo-lhe, ainda, o dom da incompletude, autorizando-o a buscar por si o seu próprio limite pelo livre arbítrio, elevando-se à altura dos deuses ou reduzindo-se à irracionalidade dos animais:

Não te damos, ó Adão, nem um lugar determinado nem um aspecto próprio nem uma função peculiar, a fim de que o lugar, o aspecto ou a função que desejares, tu os obtenhas e conserves por tua escolha e deliberação próprias. A natureza limitada dos outros seres é encerrada no quadro de leis que prescrevemos. Tu, diversamente, não constricto em limite algum, determinarás tua natureza segundo teu arbítrio, a cujo poder te entregamos. Pusemos-te no centro do mundo, para que daí possas examinar à tua roda tudo o que nele se contém. Não te fizemos nem celeste nem imortal, para que tu mesmo, como artífice por assim dizer livre e soberano, te possas plasmar e esculpir na forma que escolheres. Poderás te rebaixar à irracionalidade dos seres inferiores; ou então elevar-te ao nível divino dos seres superiores. (COMPARATO, 2005, p. 7).

Tal concepção é reafirmada por Riobaldo, *in* “Grande Sertão: Veredas”, ao exclamar: “Mire, veja: o mais importante e bonito do mundo é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam”. (ROSA, 1986, p. 15)

Na sequência, novamente é Comparato quem esclarece que a história passou por duas importantes fases entre os séculos VIII e II a.C, que consolidaram o núcleo central da humanidade, conhecido como “período axial”. Os anos 600 e 480 a.C foram consagrados por notáveis expoentes e por fatos célebres, que demarcaram grandes momentos no processo de construção dos direitos fundamentais, desde o prelúdio antropológico da história da humanidade.

No compêndio acima referido, intitulado “A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”, Comparato (2005) faz justa alusão ao poder da fé e dos rituais religiosos

na consolidação dos fundamentos políticos e sociais de um povo, notadamente na era grupal.

Como se vê, o referido jusfilósofo ensina que, no aludido período Axial, surgiu a proposta de igualdade para todos. Ainda assim, arrastaram-se mais de 2.500 anos até que o mundo pudesse reconhecer, na “Declaração Universal de Direitos Humanos, que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. (COMPARATO, 2005, p. 24)

Marmelstein, em seu “Curso de Direitos Fundamentais”, de semelhante modo, também apresenta um *construct* desses direitos até chegar, na linha do tempo, ao Estado Democrático. Em seguida, perpassa pela “teoria das gerações dos direitos” idealizada pelo tcheco Karel Vasak, naturalizado francês, que se inspirou na Revolução Francesa:

- a) a primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas;
- b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados;
- c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. (MARMELSTEIN, 2008, p. 40)

Para ilustrar referida doutrina, apresenta-se o seguinte quadro:

TABELA 1
Teoria das Gerações dos Direitos

1ª GERAÇÃO	2ª GERAÇÃO	3ª GERAÇÃO
Liberdade	Igualdade	Fraternidade
Direitos negativos (não agir)	Direitos a prestações	
Direitos civis e políticos: liberdade política, de expressão, religiosa, comercial	Direitos sociais, econômicos e culturais	Direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio, direito à paz

Direitos individuais	Direitos de uma coletividade	Direitos de toda a Humanidade
Estado liberal	Estado social e Estado democrático e social	

Fonte: MARMELSTEIN, 2008, p. 53

Como demonstrado, a batalha pela conquista da dignidade humana é permanente na história dos povos. Hodiernamente tem-se, *verbis gratia*, todo um cenário tratando de novos direitos que chegam até mesmo à biotecnologia com contornos complexos, tais como clonagem humana, pesquisa em células tronco embrionárias, avanços tecnológicos (cibernéticos), a bioética e outros. Daí, falar-se em direitos de quarta e quinta gerações. Sampaio, no que concerne à matéria, assim leciona:

Como o sistema de direitos anda a incorporar os anseios e necessidades humanas que se apresentam com o tempo, há quem fale já de uma quinta geração dos direitos humanos com múltiplas interpretações.

Tehrarian (1997 a e b) diz sobre “direitos ainda a serem desenvolvidos e articulados”, mas que tratam do cuidado, compaixão e amor por todas as formas de vida, reconhecendo-se que a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não começarmos a ver o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado, todas definidas como prévias condições de “segurança ontológica” para usar a expressão de Laing (1969).

Para Marzouki (2003), tais direitos seriam direitos oriundos de respostas à dominação biofísica que impõe uma visão única do predicado “animal” do homem, conduzindo os “clássicos” direitos econômicos, culturais e sociais a todas as formas físicas e plásticas, de modo a impedir a tirania do estereótipo de beleza e medidas que acaba por conduzir a formas de preconceitos com raças ou padrões reputados inferiores ou fisicamente imperfeitos. Essa visão de complementaridade é encontrada também em Lebech (2000), todavia em relação ao direito à vida sob os desafios das novas tecnologias, derivando então um direito à identidade individual, ao patrimônio genético e à proteção contra o abuso de técnicas de clonagem. (SAMPAIO, 2004, p. 302)

Releva salientar, entretanto, que todos esses direitos constantes das dimensões históricas *suso* narradas são indivisíveis e interdependentes, não havendo como

desvincular o direito à vida (1ª geração) do direito à saúde (2ª geração), a liberdade de expressão (1ª geração) do direito à educação (2ª geração), o

direito de voto (1ª geração), do direito de informação (2ª geração), o direito de reunião (1ª geração), o direito de sindicalização (2ª geração), o direito à propriedade (1ª geração) do direito ao meio ambiente sadio (3ª geração) e assim sucessivamente. (MARMELSTEIN, 2008, p. 60)

Destarte, torna-se descabida a supervalorização dos direitos civis ou políticos em detrimento dos direitos sociais a exemplo do direito à saúde e vice-versa. Afinal, na batalha pela consolidação desses direitos, os cidadãos, as instituições e o Estado precisam atentar para a real efetivação daqueles mesmos direitos de forma conjunta, sob pena de não serem suficientemente atendidos os ideais de um Estado verdadeiramente democrático.

Conclui-se, pois, que “os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução, uma vez que o respeito à dignidade humana implica o reconhecimento de todos os homens como co-autores de um mundo comum”. (ARENDRT, 1979, p. 509)

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NUMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-DEMOCRÁTICA

Esclarece Sarmento que os principais matizes da moderna teoria dos direitos fundamentais, sem dúvida, residem na “Teoria dos Direitos Públicos Subjetivos” de George Jellinek no apagar das luzes do séc. XIX, quando, em seu clássico “Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos”, apresentou sua adesão aos fundamentos do positivismo e do individualismo. Ele adotou a concepção de que os direitos públicos subjetivos

não eram direitos naturais e inatos, que antecediam ao poder estatal, mas autolimitações a este poder, que geravam pretensões do indivíduo perante o Estado, as quais deveriam ser exercidas exclusivamente de acordo com o marco estabelecido pelas leis. (SARMENTO, 2003, p. 258)

Essa perspectiva individualista e subjetiva dos direitos fundamentais foi estremecida pelo Constitucionalismo de Weimar, notadamente pela teoria das

garantias institucionais de Carl Schmitt, somados à teoria da Constituição como integração, inspirada por Rudolf Smend (SARMENTO, 2003, p. 259).

Entretanto, foi sob o pálio da Lei Fundamental de Bonn que realmente se consolidou a transição do ideal subjetivo para uma proposta objetiva dos direitos fundamentais, tendo como divisor de águas o emblemático “Caso Lüth”, que sacudiu, o alicerce da Corte Constitucional germânica em 1958.

Esse embate girou em torno de um boicote em face de um filme de direção da cineasta Veit Harlan, com histórico nazista, movimento este idealizado em 1950 por Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo.

Harlan logrou conter tal censura, com fulcro no Art. 826 do Código Civil alemão, que preceitua que “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”. Repudiando tal julgado, foi oferecida queixa constitucional (Verfassungsbeschwerde) ao Tribunal Constitucional que acolheu o recurso. Para tanto, argumentou-se que as cláusulas gerais do direito privado (Ex.: bons costumes – Art. 826 do BGB), exigem uma interpretação na ótica dos valores constitucionais, tendo sempre, como farol, os direitos fundamentais, critério este, entretanto, não observado pela Corte de Hamburgo. Dessa decisão emblemática, tem-se o seguinte recorte:

O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado por intermédio dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito. Novos estatutos devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando a sua interpretação. (KOMMERS, 1997, p. 363)

Hodiernamente, tem-se entendido que a constatação objetiva dos direitos fundamentais pressupõe a partilha dos mais relevantes valores morais coletivos, cuja garantia não compete apenas ao Estado, mas a todos os membros de uma sociedade. Nesse azo, é outra vez Daniel Sarmento quem adverte, de forma peculiar, sobre a imperiosa necessidade de se

abandonar a perspectiva egocêntrica de que a violação dos direitos humanos constitui um "problema do Governo", o que permite a cada um de nós, de classe média ou abastada, que nos deitamos à noite para dormir sem culpas o sono dos justos, enquanto a tortura viceja nas delegacias de polícia e crianças famélicas morrem por desnutrição. A perspectiva comunitária dos direitos humanos nos incita a agir, em primeiro lugar, na arena política, por meio do exercício responsável do direito de voto e dos mecanismos de democracia participativa, mas também na nossa esfera privada e no nosso microcosmo de relações. (SARMENTO, 2003, p. 308/309)

O desafio hercúleo de particulares e do Poder Público, nos tempos modernos, reside na real consagração de um novo tempo que vem sendo emblematicamente intitulado como a *era dos direitos humanos fundamentais*, com origem histórica no 2º pós-guerra, quando o Brasil projetou uma multiplicidade de direitos ante as novas demandas sociais daí emanadas. Mobilizaram-se, para a efetivação desses direitos, os três Poderes do Estado. Como o Executivo e o Legislativo se revelaram impotentes nesse mister, foi então acionado o Poder Judiciário. Este, por sua vez, busca compreender se as políticas públicas estão realmente contempladas, tendo sempre em vista os ideais preconizados pela Constituição. Em síntese, portanto, pela via jurisdicional intenta-se a superação das “omissões legislativas e executivas, redefinindo políticas públicas quando ocorrer inoperância de outros poderes”. (ESTEVES, 2007, p. 75-76)

O Judiciário tornou-se garante da “trilogia Constituição-Direito-Democracia” (FACHIN, 2010, p. 11), consolidando-se como real “guardião das promessas” (GARAPON, 2001, p. 27) destinadas ao exercício pleno da cidadania. Ancorados nessa premissa, seus agentes, juízes, desembargadores e ministros têm se posicionado em litígios os mais complexos possíveis, a exemplo da concessão de medicamentos a pessoas hipossuficientes economicamente; inclusão de infantes na sala de aula; acesso a prédios públicos pelas pessoas com mobilidade reduzida; questões pertinentes à demarcação de terras indígenas, nepotismo, regulamentação do uso de algemas, fidelidade partidária, entre outras que serão posteriormente evidenciadas neste trabalho.

Como pressuposto da proteção dos Direitos Fundamentais, a Democracia, em que pese suas dificuldades, tem se revelado como o sistema no qual se efetiva, de forma mais adequada, o aprimoramento das relações humanas e a desenvoltura das instituições e das pessoas, permitindo ainda, de maneira mais consistente, a

limitação do poder governamental e, por conseguinte, a chancela dos direitos sociais. Dentre suas vantagens, destacam-se:

a) ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos; b) garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que outros sistemas não-democráticos não proporcionam; c) assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável; d) ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas; e) promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável; f) promove um grau relativamente alto de igualdade política; g) apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercerem a liberdade de autodeterminação; h) somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral; i) os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não-democráticos; j) as modernas democracias não lutam umas contra as outras. (DAHL, 2001, p. 73-74)

O jurista italiano Norberto Bobbio, nessa esteira, ensina que é na democracia que o direito se fecunda:

Direito e poder são duas faces de uma mesma moeda: só o poder pode criar direito e só o direito pode limitar o poder. O Estado despótico é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do poder; no extremo oposto, encontra-se o Estado democrático, que é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do direito. (BOBBIO, 2000, p. 23)

Na concepção de Ronald Dworkin (2001), democracia não implica a mera submissão ao comando da maioria, razão pela qual ele atribui supremacia aos direitos fundamentais ante a soberania popular. Ele elege, como prioridade, alguns núcleos de direito frente a possíveis ingerências decorrentes de processos majoritários. É que, nem sempre uma lei pautada nos interesses da maioria será justa, podendo até mesmo violar os direitos individuais, sobretudo o de igualdade de oportunidade.

O dever de o Judiciário tutelar os direitos fundamentais, sobretudo o direito à saúde, pauta nodal deste trabalho, perpassa igualmente por outras instituições, entre elas, o Ministério Público, conforme dispõe o Art. 127 da Constituição brasileira. Merece realce no que atine à tutela dos direitos coletivos e difusos, chancelados pelo referido órgão ministerial, a seguinte reflexão de Mauro Cappelletti:

A complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas desconhecidos às lides meramente individuais. Falsas informações divulgadas de uma sociedade por ações podem prejudicar a todos os adquirentes dos títulos acionários; atividade monopolística ou de concorrência desleal por parte de grandes sociedades comerciais pode lesar os interesses de todos os empreendedores concorrentes; um prestador de serviço que não observa uma cláusula de acordo coletivo pode violar o direito de todos os seus dependentes; resíduos poluentes despejados em um rio prejudicam os moradores ribeirinhos e todos aqueles que pretenderam usar da água não poluída daquele rio; a embalagem defeituosa ou não higiênica de um artigo de largo consumo leva prejuízo a todos os consumidores daquele bem... Os riscos de tais lesões que afetam simultaneamente numerosas pessoas, ou categorias inteiras de pessoas, constituem um fenômeno sempre muito vasto e frequente na sociedade industrial. A pessoa lesada se encontra quase sempre numa situação imprópria para obter a tutela jurisdicional contra o prejuízo advindo individualmente, e pode simplesmente ignorar seus direitos; ou, ainda, suas pretensões individuais podem ser muito limitadas para induzi-las a agir em Juízo, e o risco de incorrer em grandes despesas processuais pode ser desproporcional com respeito ao ressarcimento eventualmente obtível. (CAPPELLETTI, 1977, p. 130)

O Ministério Público, figurando atualmente como ator ideológico e não apenas como agente meramente burocrático, tem abandonado sua origem francesa de órgão público indiferente às questões sociais e assumido as credenciais que a Constituição Federal lhe conferiu como defensor maior da sociedade. Sua crescente atuação na proteção dos direitos fundamentais foi revelada por Vianna e Burgos (2002) em pesquisa desenvolvida na Comarca do Rio de Janeiro que pode ser assim demonstrada:

TABELA 2

Principais Autores das Ações Cíveis Públicas – 1996/2001

Ministério Público Estadual	179 casos	42,7%
Associações, ONG's e sindicatos	70 casos	37,7%
Município do Rio de Janeiro	30 casos	16,2%
Outros	6 casos	3,2%

Fonte: Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos. *Revolução Processual do Direito e Democracia Progressista*, in Luiz Werneck Vianna (org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 465. O total da amostra foi de 185 casos.

Trata-se de ações na área de defesa do consumidor, bem como de proteção à criança e aos adolescentes e outras de interesse coletivo. Tem sido sensível o aumento da participação da sociedade nessa defesa, notadamente pelas associações, ONG's e sindicatos. No entanto, o quadro acima traçado por Vianna (2002) indica que, em relação ao total das ações civis públicas ajuizadas no Rio de Janeiro no período de 1996-2001, a maioria (42,7%) deu-se via Ministério Público, cujo êxito nas ações soa duas vezes superiores que aquelas atinentes às ONG's.

Com seus direitos fundamentais assegurados, as pessoas se revestem da condição de cidadãos, fazendo prevalecer seus pleitos perante o poder público. Essa participação no Estado Democrático de direito “implica a condição de membro de comunidade política baseada no sufrágio universal – princípio basilar da democracia – e na concretização da cidadania plena e coletiva sob o primado da lei” (SOARES, 2003, p. 404).

Ernest Benda ensina que, na concepção do Estado de Justiça, os direitos fundamentais são parte do contrapoder imprescindível para a defesa de uma democracia pluralista que contemple, de forma efetiva, os interesses das minorias:

- são direitos de possibilidades (perspectivas de possibilidades), pois se abrem aos indivíduos e aos grupos espaços de liberdade em formação, favorecendo o desenvolvimento da própria personalidade;
- sustentam-se na perspectiva constitucional, sobre um consenso de base própria, referente aos seus limites: o Estado de direito e a ordem na qual o povo politicamente maduro reconhece os seus limites;
- exigem, como pressuposto para participação nos processos políticos, econômicos e culturais, que o Estado constitucional tenha a dignidade humana como premissa e não a soberania popular. (BENDA, 1996, 416-417)

Por derradeiro, vale constar que a sociedade moderna vem se livrando, pouco a pouco, de sua costumeira letargia frente à defesa dos direitos humanos fundamentais. Tem assumido, ainda, que com grandes limitações, o incrível papel que os agentes não públicos podem desenvolver na promoção de um Estado que realmente seja justo, plural, igualitário e sem preconceitos tal como estabelecido no preâmbulo da Constituição Federal.

Denota-se, finalmente, como “co-autores deste mundo comum” preconizado por ARENDT, que urge o lançamento do direito de acesso à saúde no alto da agenda mundial, em letras garrafais.

A tutela à saúde e bem-estar de um povo representa pressuposto incontestável de uma sociedade justa, digna e igualitária, tão sonhada sobretudo em tempos como os atuais, em que se assiste o poder de uma “cortina de medo e uma cultura do terror” tiranamente imposta à população, categorizando os direitos sociais como secundários, como preleciona Lucas e Bedin (2013, p. 57), convertendo em uma sombria nuvem a Constituição Federal Brasileira, que foi gerada originalmente como cidadã e democrática.

3 A MEDIAÇÃO COMO PARADIGMA DE ACESSO À SAÚDE

“A Justiça cara, a justiça inacessível ao trabalhador é um arremedo de Justiça, é uma hipocrisia com o nome de justiça (com ‘J’ minúsculo). Só merece ser grafada com maiúscula a Justiça que corporifica o mais fundamental dos Direitos Humanos, a Justiça para todos, a Justiça que socorre o fraco no enfrentamento da arrogância do forte, a Justiça que está à disposição do pobre, do órfão, da viúva, do sem-terra, do sem-teto, do sem-nome, do sem-poder.” (João Baptista Herkenhoff)

A Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) proclama que constitui um dos direitos fundamentais de todas as pessoas “gozar do grau máximo de saúde” e “que os governos têm a responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só poderá ser cumprida através da adoção de medidas sanitárias e sociais adequadas”.

Ab initio torna-se oportuna a compreensão do conceito de SAÚDE, à luz da Organização Mundial da Saúde: “um completo bem-estar físico, mental e social e não só a ausência de doença” (MENDES, 2013, p. 45)

O Brasil tem timidamente atendido esta expectativa por meio de iniciativas públicas e privadas, com avanços e recuos históricos que culminaram numa rica plataforma legislativa que ainda está buscando ser consolidada.

Digno de nota foi a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao instituir em 03 de agosto de 2010 o Fórum Nacional do Judiciário para o

Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde, com vistas ao aprimoramento de procedimentos e de prevenção de novas demandas no âmbito da saúde, além de “criar medidas concretas voltadas à otimização de rotinas processuais, bem como à estruturação e organização de unidades judiciárias especializadas”.

Aludido evento foi inspirado pela Recomendação n. 31, de 30 de março daquele ano, que determinou a disponibilização aos cidadãos, de suporte técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto às celeumas na esfera da saúde. A Resolução n. 107 concluiu este projeto que tem logrado reconhecido êxito em seus propósitos.

Ainda nesse contexto, o CNJ criou o Programa “Conciliação e Mediação”³, buscando soluções mais práticas, rápidas e eficazes, evitando assim a justiça tardia e a decisão ineficaz, com o sacrifício de vidas e vidas em filas de Postos de Saúde e hospitais.

Esse movimento ganha fôlego ainda maior com a Resolução CNJ 125/2010 que consagrou a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e ressaltou que

a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implantados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.(...) (CNJ, 2010)

A posteriori, com o advento do Código de Processo Civil Brasileiro (Lei n. 11.105/2015), também foi sancionada a Lei de Mediação (Lei n. 13.340/2015) e a Lei n. 13.129/2015 que alterou a Lei de Arbitragem (Lei n. 9307/96), estabelecendo um novo marco na história nacional. Este ganhou contornos ainda mais cristalinos com o Provimento n. 67, de 26 de março de 2018, da Corregedoria Nacional de Justiça, com o apoio da Comissão de Acesso à Justiça e Cidadania (CAJC), definiu os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil, “considerando a efetividade da conciliação e da mediação como instrumentos de pacificação social, solução e prevenção de litígios” (CNJ, 2018).

³ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>. Acesso em 25.02.2019.

A novel normatização da Mediação via Lei n. 13.140/2015, responde a um angustiante anseio social de maior efetivação da cidadania e da dignidade da pessoa humana, notadamente nas questões atinentes ao acesso à saúde.

A Prof.^a Ludmila Stigert ensina que existem as seguintes Escolas Clássicas sobre Mediação:

- a) Tradicional – Linear de Harvard
- b) Transformativa de Bush e Folger
- c) Circular – Narrativa de Sara Cobb
- d) Waratiana de Luis Alberto Warat
- e) Construtivista de Fernanda Lima

Todos estes teóricos buscaram por intermédio da Mediação sinalizar para caminhos não adversários, distintos da jurisdição estatal para a solução dos conflitos sociais, rompendo com a retrógrada *Cultura do Litígio* que provoca a multiplicação desenfreada dos processos e das lides.

Com um Judiciário com mais de 100 milhões de processos, esse novo sistema de normas foi adotado para desafogá-lo, reprimindo a morosidade e seus impactos, abandonando o *Culto do Litígio*, sendo esta também a meta do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA.

O Judiciário perdeu a confiança dos cidadãos que o consideram caro, moroso e duvidoso, de acordo com a pesquisa que segue⁴:

Tabela 1. Percepção que os cidadãos têm da justiça no Brasil.

	Rapidez	Acesso	Custo	Decisões justas	Honestidade	Imparcialidade
Média nacional	1.19	1.48	1.45	1.60	1.18	1.18

Valores para comparação: muito mal = 0; mal = 1; regular = 2; bem = 3; muito bem = 4

Fonte: Adaptado de Ipea, 2011².

⁴ IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Sistema de Indicadores de percepção Social. *Justiça*, 31 maio 2011. p. 7. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110531_sips_justica.pdf> Acesso em: 25 de fev. de 2019.

Como é cediço, o fenômeno da judicialização da saúde não é novo. Tem o seu *start* em 1990 com o fornecimento de medicamentos para o tratamento de HIV/Aids. O Direito da Saúde exige uma solução do conflito mais célere e eficaz. A mediação está respondendo a estas demandas com o custo muito menor, preservando a privacidade, os vínculos pessoais existentes, dentre outras expressivas vantagens reveladas pelo seguinte quadro alusivo às *ADR – Alternative Dispute Resolution*⁵:

Tabela 2. Comparação entre o alcance de objetivos dos envolvidos com a utilização de mecanismos de ADR e de procedimento judicial.

Objetivos dos envolvidos	Mecanismo ADR		Procedimento judicial
	Mediação	Arbitragem	
Minimizar os custos	3	1	0
Resolver rapidamente	3	1	0
Manter a privacidade	3	3	0
Manter relações	3	1	0
Obter opinião neutra	0	3	3

Legenda: 3 - altamente possível o alcance do objetivo; 2 - possível o alcance do objetivo; 1 - improvável o alcance do objetivo; 0 - altamente improvável o alcance do objetivo.

Fonte: Adaptado pelo autor com dados de Sander e Goldberg¹⁵.

Vale sublinhar que a 14ª edição do relatório **Justiça em Números** do CNJ registrou 1.778.269 processos alusivos ao Direito da Saúde em curso no Brasil, com destaque para as seguintes classificações: 564.090 alusivos a “Planos de Saúde” (Direito do Consumidor) ; 420.930 sobre “Fornecimento de Medicamentos” (SUS); 242.684 de “Tratamento Médico hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos” (SUS); 152.201 de “Saúde” (Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público); 135.849 quanto a “Tratamento Médico-Hospitalar” (SUS) e 83.728 decorrentes de “erro médico”. Vejamos⁶:

⁵ SANDER, F. E. A.; GOLDBERG, S. B. Fitting the Forum to the Fuss: a user-friendly guide to selecting an ADR Procedure. *Negotiation Journal*. 1994 *apud* Ribeiro, W. C. R. Dir. sanit., São Paulo v.18 n.3, p. 62-76, nov. 2017./fev. 2018 . Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1571-9979.1994.tb00005.>> Acesso em 25 de fev. 2019.

⁶ *Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018.* Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso: 25 fev. 2019.

ASSUNTO*	QUANTIDADE
Saúde (Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público)	152.201
Fornecimento de medicamentos – SUS	420.930
Tratamento médico-hospitalar – SUS	135.849
Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos[3] – SUS	242.684
Assistência à saúde/servidor público	35.356
Ressarcimento ao SUS	4.474
Reajuste da tabela do SUS	3.004
Convênio médico com o SUS	1.350
Repasse de verbas do SUS	1.044
Terceirização do SUS	1.328
Planos de saúde (Direito do Consumidor)	564.090
Serviços hospitalares – consumidor	32.172
Planos de saúde (Direito do Trabalho)	76.090
Doação e transplante órgãos/tecidos	1.255
Saúde mental	6.739
Controle social e conselhos de saúde	2.850
Hospitais e outras unidades de saúde	13.125
Erro médico	83.728
Total	1.778.269

Com vistas à concreção dos objetivos traçados pelo Fórum Nacional do Judiciário para a saúde do CNJ, houve a elaboração de diversos materiais de apoio e orientação de toda a magistratura e instituições parceiras, bem como da população. Merece relevo o formulário em anexo: “RELATÓRIO MÉDICO PARA JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE”. Foi elaborado um evento realizado em coatoria com o Comitê Executivo Estadual de Saúde de Minas Gerais e demonstra a real preocupação com a avalanche de ações judiciais que se agigantam em grande escala no cenário brasileiro.

Busca diagnosticar as razões da judicialização pretendida, e prevenir novos casos, podendo haver inclusive possíveis encaminhamentos para o sistema de mediação e outras vias alternativas de solução desses conflitos.

4 O DIREITO COMPARADO E AS ADR's NAS QUESTÕES DA SAÚDE

No Direito Comparado, saliente-se que em Portugal, a Lei n. 29/2013 consagrou a Mediação que tem se mostrado potencialmente produtiva na esfera da saúde, viabilizando o “diálogo entre múltiplas partes envolvidas: pacientes, famílias, médicos, assistentes, técnicos, companhias, seguradoras, prestadoras de serviços, dentre outros como é o caso do hospital” (NASCIMENTO, 2016, p. 201).

In casu, é hercúleo o empenho dos mediadores, considerando que, neste diálogo são diversas e polarizadas as linguagens que devem ser colocadas em sintonia para consumação do consenso e “construção de soluções que, para além da situação resolvam definitivamente o problema” (NASCIMENTO, 2016).

Nesse diapasão torna-se determinante que as competências comunicativas adequadas sejam adotadas proporcionando um discurso conciliatório que estimule a compreensão recíproca do conflito e o desejo de resolvê-lo pacificamente (CNJ, 2016, p. 95):

- a) Médicos; Staff: linguagem ética e técnica;
- b) Famílias, Pacientes; Acompanhantes: linguagem emocional;
- c) Empresas; Operadoras, Seguradoras: linguagem financeira.

Aludidas experiências vem revelando que provavelmente o erro médico fragiliza e estabelece instabilidades para todos os sujeitos envolvidos em seus trágicos incidentes, restando evidente que:

- a) Ambos sofrem emoções após uma situação;
- b) Pacientes necessitam de apoio emocional e desculpas do profissional;
- c) Profissionais querem se desculpar, mas temem consequências da admissão legal de culpa;

- d) Revelação de erro e pedido de desculpas frequentemente diminuem emoções negativas e resultam em desistência de acionar o judiciário ou arbitragem;
- e) Revelação de erro que não cause danos aumenta o nível de confiança na relação.

Ante tais constatações, em Portugal foram implementados em 2016 o **Centro de Mediação de Litígios Médicos e a Comissão de Perícia do Erro Médico**. Com esse avanço, ANDREIA SOFIA SILVA, jornalista naquele país, assevera que houve também a obrigatoriedade dos médicos de ter um contrato de seguro cujos valores transitam entre 500 mil a 20 milhões de patacas⁷. Das soluções encontradas nos processos ou conflitos submetidos a essa comissão, não cabe recurso, ante o seu caráter eminentemente voluntário.

No entanto, se alguns(as) dos(as) interessados(as) se sentir inseguro(as) com a solução conferida ao conflito, poderá questionar a Comissão.

A perícia deverá ser concluída em 90 dias no máximo para evitar a morosidade e seus nefastos impactos já experimentados no modelo jurisdicional da heterocomposição de conflitos, no qual, em média, as ações de indenizações se arrastam entre 10 e 15 anos até o efetivo cumprimento da sentença, podendo esse prazo ser bem maior quando no processo figurar o poder público no polo passivo, haja vista que nesse caso incorrer-se-á na *Odisséia dos Precatórios*.

A eficiência e a Cultura da Paz primadas nesse Centro de Mediação de Litígios Médicos de Portugal, guarda sintonia com as lições da jurista FERNANDA LIMA, diretora-presidente da Fundação Nacional de Mediação de Conflitos Sociais no Brasil, idealizadora da Metodologia da Mediação Construtivista e pesquisadora a Mediação Harvardiana e Mediação Transformativa, a qual vislumbra na mediação “um eficaz instrumento de pacificação social e democratização da justiça” (LIMA, 2017).

Transitando ainda pelo direito comparado, segundo Lima (2016), verifica-se que nos Estados Unidos, além da mediação, adota-se também nas questões relativas a erro médico, outra espécie de ADR'S, que é a arbitragem, a exemplo dos *cases Terminix Allied – Bruce, Briarcliff Nursing Home, Inc. v. Turcotte, Madden v. Kaiser Foudation Hospitals*. Inobstante esta legitimação da arbitragem para gestar

⁷ Patacas: Uma espécie de moeda de Portugal, equivale a R\$ 2,60 em “Reais”. Disponível em: brl.pt.fxexchangerate.com. Acesso em 10/04/2017.

matéria de erro médico, existem pesquisas buscando investigar as razões de sua ainda tímida aplicação pelos interesses, ressaltou Neves (2000).

Essa possibilidade tem espeque em inúmeros programas de arbitragem, dentre os quais destaca-se o *Kaiser Permanentes's Healthcare Arbitration Program*, todos sujeitos a Federal Arbitration Act (FAA) que é a lei reguladora dos conflitos submetidos à arbitragem.

Essa hipótese, no entanto, o Brasil inadmite. É que a Lei n. 9.307/96, atualizada pela Lei n. 13.129/2015, veda a sua aplicação a matérias que envolvam “direitos indisponíveis”, tais como a saúde, consoante jurisprudência que segue:

Arbitragem e erro médico - Cláusula compromissória instituída em contrato de prestação de serviços médicos (cirurgia plástica) - **Inadmissibilidade, por estabelecer imposição compulsória de arbitragem (art. 51, VII, do CDC) e porque, diante do silêncio sobre a quem cabe arcar com os custos da arbitragem, implica restrição ao direito de pleitear indenização pela falha do serviço no caso de ser dever do paciente, com ofensa aos arts. 14 e 54, § 4o, da Lei 8078/90** - Ademais e por envolver a cirurgia plástica estética direito de personalidade (integridade física) poderá ser classificado como **intransmissível e irrenunciável, impedindo a arbitragem** (arts. 11, do CC e 1o, da Lei 9307/96)- Não provimento. (990103136519 SP, Relator: Enio Zuliani, Data de Julgamento: 09/09/2010, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 23/09/2010). (grifamos).

Nesse diapasão merece relevo a posição contramajoritária de Lima (2016), ao propor uma interpretação mais extensiva da Lei de Arbitragem brasileira para que então seja aplicável em conflitos que debatam o erro médico:

Como se demonstrou, nos EUA, nos contratos de adesão aos planos de saúde e nos próprios documentos de admissão hospitalar há a constância da cláusula compromissória arbitral, sobre a qual, pelas políticas de informação dos hospitais, os pacientes são, na maioria das ocasiões, devidamente informados. Estatisticamente se provou que a arbitragem é instrumento de composição de conflitos mais célere, desprende menos despesas e confere maior confidencialidade as contendas, o que garante a imagem do profissional médico e do próprio paciente. Ademais, a idéia de implantação de um órgão estatal maior incumbido de julgar, mediante mediação e arbitragem, as disputas resultantes de responsabilidade civil por erro médico, no Brasil, nos parece plausível, mas não possível ao país nas atuais conjecturas.

A C6rrea do Sul, por sua vez, sancionou em 2011 a lei *Malpractice – related Damage Relief and Medical Dispute Resolution Act (DU-HIE,2011)*, com vistas a garantir uma resposta mais justa, c6lere e de baixo custo nas demandas m6dicas, por meio das ADR's. Mant6m, entretanto, a favor das v6timas e seus familiares, a escolha pela via judicial, se assim o desejaram.

Dessume-se de todo o exposto, que se tornou plenamente fact6vel a institui76o de C6maras extrajudiciais de media76o de procedimentos de sa6de, sem preju6zo das judiciais comumente realizadas. Este crit6rio multiportas pressup6e:

- a) Desmonopoliza76o do Judici6rio
- b) Di6logo entre gestores do SUS
- c) T6cnicas de aquisi76o de medicamentos por licen76as compuls6rias (que para alguns representa quebra de patentes);
- d) considera76o de custos estruturais.

A media76o exigir6 o esfor76o comum dos interessados para que cada qual possa ceder um pouco para viabilizar o alcance do bem pleiteado. Carlini (2014) ensina que “a solu76o de conflitos por mecanismos n6o judiciais pode ser interpretado como sinal de maturidade de uma sociedade organizada porque

atribui import6ncia ao di6logo e ao sopesamento de argumentos em lugar da busca por uma solu76o ditada por um magistrado que nem sempre ter6 condi76es objetivas de levar em conta o impacto de sua decis6o para o conjunto da mutualidade p6blica ou privada. (CARLINI, 2014, p. 177)

A Media76o Construtivista mencionada na p6g. 21 deste ensaio revela exatamente esta tese. 6 resultante de uma constru76o coletiva, a promo76o dos interesses pr6prios, mas tamb6m do interesse do outro, no qual a alteridade 6 sua for76a motriz, reinventando um novo tempo onde o di6logo suplante as diferen76as e a paz possa reinar.

5 CONCLUS6O

O artigo em tela pretendeu mediar o conflito freneticamente crescente entre o acesso à saúde e a notória negligência do Estado e demais Instituições corresponsáveis pela garantia deste direito, sinônimo de bem-estar pleno e da dignidade de cada cidadão.

O problema central pesquisado reside na seguinte inquietação: a Mediação como principal meio não adversarial de pacificação dos conflitos sociais, está realmente contribuindo na efetivação do Direito à Saúde?

A resposta a esta indagação felizmente é positiva. Afinal, cada traço ora pesquisado revelou um mórbido retrato do Poder Judiciário que também se encontra fatalmente convalescente, padecendo da paralisante morosidade e outras chagas que há tempos o tem lançado na UTI.

É que as demandas se proliferam numa velocidade inimaginável e o bem maior que é a vida jamais pode ser sacrificado em decorrência de disputas de poderes, jogos econômicos, crises de identidade e de gestão pública, sob pena de ferir de morte a democracia tão conclamada na Constituição Federal Brasileira como pressuposto da dignidade da pessoa humana.

Salta aos olhos nesta investigação científica que o Estado permitiu o sucateamento da rede pública e, no entanto, as operadoras de planos de saúde, com honrosas exceções, não promovem serviços condizentes.

Alguns Estados criaram Câmaras Permanentes de Mediação, Comitês, Juizados Especiais da Saúde, além de estimular o estabelecimento de Câmaras Privadas de Mediação da Saúde que se multiplicam no país, como resposta a esta patologia que precisa ser restaurada.

Milhares de pleitos estão sendo respondidos pela Mediação de forma célere e eficaz, evitando a judicialização.

Há um clamor ao Judiciário, às Câmaras Públicas e Privadas, bem como aos demais órgãos gestores da saúde para a premente necessidade de se humanizar este calvário levando o pão da justiça às multidões que somam mais de 1.778.269 demandantes com sede de saúde, com sede de dignidade.

É o imortal HERKENHOFF quem a todos convoca à seguinte reflexão:

A Justiça, toda ela, é substância humana. Seus agentes, os que a buscam, os problemas que a desafiam.

Os dramas da Justiça são os próprios dramas do homem.
Seus voos e suas quedas, as grandezas e as misérias de nossa condição!

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**: totalitarismo, o paroxismo do poder; uma análise dialética. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1979.

ARENDT, Hannah. *The Human Condition*, Chicago, University of Chicago Press, 1958. Tradução brasileira de Roberto Raposo, com uma Introdução de Celso Lafer: *A Condição Humana*, Rio de Janeiro, Forense Universitária / Salamandra, São Paulo, EDUSP, 1981.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988: atualizada até a emenda constitucional nº. 62, de 9-12-2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Provimento n. 67, de 26 de março de 2018 da Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/provimento-67-cn-j-cartorios-mediacao.pdf>. Acesso em 25 fev. 2019.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Reimpr. Tradução Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Fabris, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, 1977.

CARLINI, A. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de mediação judicial**. CNJ, 2016.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESTEVEES, João Luiz M. **Direitos sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

FACHIN, Zulmar. **Funções do Poder Judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais**. Disponível em: [//www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Zulmar-Fachin_funcoes.pdf](http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Zulmar-Fachin_funcoes.pdf). Acesso em 10 de mar. 2010.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. Tradução Maria Luíza de Carvalho. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GUSTIN, Miracy Barbosa de S; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 2 ed, Belo Horizonte. Del Rey, 2006.

HERKENHOFF, João Baptista. O direito processual e o resgate do humanismo. Rio de Janeiro, Thex, 2001.

KOMMERS, Donald P. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, 2nd. Durhan: Duke University Press, 1997.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. ALMEIDA, Mauricio Vicente Silva. **A mediação. Harvardiana e a mediação transformativa**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: www.ambito-juridica.com.br. Acesso em: 10 de Abril de 2017.

LUCAS, Doglas Cesar. BEDIN, Gilmar Antonio. **DESAFIOS DA JURISDIÇÃO NA SOCIEDADE GLOBAL: Apontamentos sobre um novo cenário para o Direito e o papel dos Direitos Humanos** *in* Acesso à justiça, direitos humanos & mediação/organização de Fabiana Marion Spengler, Gilmar Antonio Bedin – Curitiba: Multideia, 2013.

MARMELSTEIN. George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de Direito da Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NASCIMENTO, Dulce. Mediação de Conflitos na Área de Saúde: experiência portuguesa e brasileira. **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. 2016, jul./ set. 5(3) 201-2111.

NEVES, Ann. H. **Medical Malpractice Arbitration in the New Millenium. Much Ado about nothing?** *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*. Malibu, CA. Ano 2. 2000. Disponível em: <http://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol1/iss1/6>. Acesso em 10.03.2017.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação**. 2005. 327f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

RIBEIRO, Weslly Carlos Ribeiro. A Mediação como Meio de Resolução de Conflitos na Área da Saúde. *R. Dir. Sanit. São Paulo*. v. 18, n. 3, p. 62-76, nov. 2017/fev/2018.

ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão**: veredas. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: fragmentos de uma teoria. *In*: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais**. *In*: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SPENGLER, Fabiana Marion. BEDIN, Gilmar Antonio. (Organização) Acesso à justiça, direitos humanos e mediação. Curitiba: Multideia, 2013.

STIGERT, Ludmila (Org.) A Efetividade da Mediação para Além da Teoria. Centro Universitário Newton Paiva. 2010. p. 19.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. **Revolução processual do direito e democracia progressista**, *in* Luiz Werneck Vianna (org.), A democracia e os três poderes no Brasil. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 465.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **ATIVISMO JUDICIAL**: uma nova era dos direitos fundamentais. São Paulo: Baraúnas, 2003.

ANEXO

RELATORIO MÉDICO PARA JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE
1. Sobre o profissional
1.1. Nome do médico: _____
1.2. Número do registro no Conselho Regional de Medicina – CRM: _____
1.3. CNS: _____
1.4. Especialidade (se tiver): _____

2. Sobre o paciente
2.1. Nome do(a) paciente _____
1.2. Data de nascimento: _____
2.3. CPF: _____
2.4. Sexo: () F () M _____
2.5. Endereço completo (com CEP): _____
3. Sobre a forma de atendimento

3.1. Trata-se de paciente atendido pela Saúde Pública (___) ou Saúde Suplementar (___)	
3.2. Qual operadora? _____	
3.3. Houve tentativa de obter acesso ao produto ou serviço no plano de saúde? _____ Houve negativa? _____ Escrita ou verbal? _____ Em que data? ___/___/___	
3.4. Houve tentativa de obter o produto ou serviço no SUS? _____	
3.5. Em que Unidade/Município/Estado? _____	
Houve negativa? _____ Escrita ou verbal? _____ Em que data? ___/___/___	
4. De acordo com a tabela abaixo, os códigos correspondentes as doenças que acometem o paciente são:	
Enfermidade	Código (CID)
_____	_____
_____	_____
_____	_____
5. Medicamentos, produtos ou procedimentos necessários para a finalidade diagnóstica de acordo como quadro abaixo:	
Tratamento contínuo (___) temporário (___) pelo prazo de _____	
Produtos	Posologia e via de administração
_____	_____
_____	_____
_____	_____
_____	_____
6. Trata-se de produto aprovado pela ANVISA? Sim (___) Não (___)	
6.1. Caso não aprovado pela ANVISA, o produto é aprovado por órgão de controle estrangeiro? _____ De qual País: ? _____	
6.2. Caso não aprovado pela ANVISA, Há estudos de evidência científica (eficácia, eficiência, efetividade e segurança) do produto? _____ Qual a evidência científica? _____	
7. Trata-se de prescrição <i>off label</i> ? _____	
7.1. Caso positivo, justificara prescrição <i>off label</i> : _____	

8. Antes de serem prescritos os produtos ou procedimentos acima listados foram adotadas as seguintes medidas terapêuticas: _____	

9. Não foram prescritas outras medidas médicas alternativas, em razão dos seguintes motivos: _____	
10. Os produtos / procedimentos conforme finalidade diagnóstica prescrita constam dos Protocolos Clínicos e Diretrizes terapêuticas do SUS? _____	

11. Existe outro produto / procedimentos com o mesmo princípio ativo ou capacidade terapêutica similar oferecidos pelo SUS?

Quais: _____

12. Há justificativa para a prescrição do produto / procedimento específico diferenciado em razão da condição peculiar do paciente?

13. Há produtos, procedimentos ou medicamentos com o mesmo princípio ativo no mercado?

Sim (___) Não (___). Caso positivo?

Quais? _____

14. Qual a razão para prescrever produto / serviço diferenciado àquele oferecido pelo SUS ou Plano de Saúde: _____

15. O produto / procedimento é imprescindível para o paciente? Sim (___) Não (___). É urgente? Sim (___) Não (___)

16. A ausência de fornecimento do medicamento, insumo ou procedimento acima poderá ocasionar quais as seguintes consequências:

(___) Risco de morte

(___) perda irreversível de órgãos ou funções orgânicas

(___) Grave comprometimento do bem estar

(___) Outras

17. A utilização dos produtos e serviços eliminará o perigo das consequências / sequelas? Sim (___) Não (___). Justificar: _____

18. Especificar o quadro clínico e as peculiaridades do paciente e demais considerações:

19. Os produtos / procedimentos constam do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde mínimos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)? Sim (___) Não (___).

Outras informações ou especificações: _____

Observação: O presente relatório médico foi aprovado em reunião do dia 29.02.2016 pelo Comitê Executivo Estadual da Saúde de Minas Gerais, do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do CNJ (www.comitesaudemg.com.br). O modelo foi elaborado a partir de ampla discussão entre todos os membros do Comitê e com prévia colheita de sugestões ao Conselho Regional de Medicina – CRM/MG e do Conselho Regional de Farmácia – CRF/MG e Conselho Regional de Odontologia – CRO/MG. Sua elaboração decorreu da constatação das dificuldades dos operadores jurídicos em compreender a técnica médica e da necessidade de instruir as demandas judiciais com informações para compreender a necessidade, eficácia, eficiência, efetividade e segurança dos produtos e serviços de saúde a que se pretende ter acesso, possibilitando ainda uma melhor qualificação técnica das decisões judiciais.